

APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DOS MAGISTRADOS AOS 70 ANOS DE IDADE *

(Inconstitucionalidade do art. 93, inciso VI,
da Constituição Federal)

Rui Stoco **

I – Introdução

A Carta vigente e posta a lume em 5-10-88 traduz e reflete as vicissitudes de uma nação e o estágio cultural de um povo.

A propósito da malograda reforma constitucional, que se encerrou em maio último sem atingir seus objetivos, não obstante o comando inserto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Magna Carta e considerando que dentre as inúmeras propostas de emendas apresentadas registraram-se algumas visando a alterar para 75 anos a idade-limite para a permanência dos magistrados em atividade, após o que seriam compulsoriamente inativados, cabem, passado esse vexame, algumas ponderações acerca da Constituição vigente, nesse peculiar as-

* Artigo publicado na RT 705/63.

** *Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.*

pecto concernente à aposentação obrigatória, por limite de idade, dos servidores públicos e agentes políticos, na consideração de que, imutável a Carta de Princípios, melhor que se contribua, de qualquer forma, para a sua interpretação e correta aplicação.

A Carta vigente e posta a lume em 5-10-88 traduz e reflete as vicissitudes de uma nação e o estádio cultural de um povo.

Não há negar suas virtudes e acertos.

Sem dúvida, constituiu sua edição um avanço e talvez seja, no conjunto, a melhor Carta de Princípios em todo o período da República.

Contudo, não se haverá, também, de esconder seus graves defeitos, decorrentes de um processo legislativo-constitucional errático e inconseqüente, submisso às votações simbólicas ou de lideranças, mais das vezes sem qualquer debate ou discussão; entregue às pressões ou *lobbies* de segmentos poderosos da sociedade.

Resultou um trabalho forte e consistente na garantia dos direitos fundamentais; na reafirmação e asseguramento dos direitos individuais, coletivos, sociais e trabalhistas.

Fraco, contudo, na sistematização coerente e no estabelecimento de interação entre princípios e critérios afirmados e, principalmente, na harmonia que há de existir entre preceitos.

Nesses aspectos deixou a desejar e comprometeu o conjunto, abusando do sempre condenável casuísmo.

Traz, por isso, algumas contradições intrínsecas.

Abordar-se-á apenas uma única questão, dentre outras que poderiam ser enumeradas.

A razão de ser deste trabalho decorre da enorme apreensão que a reforma constitucional causou aos servidores públicos em geral, aos membros do Ministério Público, da Magistratura e de outros seguimentos, com a possibilidade de alterações nocivas e equivocadas nos seus direitos que, felizmente, não ocorreram, mais pela incompetência do processo de reforma do que pela vontade de alguns poucos.

Embora o enfoque deste estudo vá-se centrar apenas nos magistrados, aplica-se aos demais servidores públicos, membros e órgãos de poder, considerando a semelhança das disposições da CF/88 que disciplinam suas aposentadorias.

A questão da inconstitucionalidade intrínseca ou da existência de normas constitucionais inconstitucionais se, num primeiro momento pode chocar o leitor, não é nova nem inédita no direito alienígena ou pátrio, como se verá adiante.

II – A questão das normas constitucionais inconstitucionais

O magistral constitucionalista alemão Otto Bachof, Professor da Universidade de Tübingen desde 1955, decano dos professores de Direito Público e Juiz dos Tribunais Administrativos e do Tribunal Constitucional do Baden-Württemberg, proferiu conferência sobre o tema em Heidelberg, em 20 de julho de 1951.

Dessa exposição nasceu a monografia intitulada *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* (Atlântida Editora, Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra, 1977), na qual o incomparável professor dissecou o tema e lhe dá a dimensão que veio a se conformar muito tempo depois.

No prefácio original, de 1951, ressaltou o autor citado que “as questões da possibilidade de ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais ou, em geral, inválidas, bem como de um correspondente direito judicial de controle, representam um problema particularmente atual do direito constitucional da República Federal da Alemanha dos nossos dias”, comprovado por considerável número de decisões que tiveram de se ocupar dessas questões, “e as não poucas, ainda que na maior parte dos casos apenas ocasionais, tomadas de posição da doutrina” (ob. cit., p. 5).

O mesmo ocorreu em Portugal, como enfatizou o tradutor da obra acima evidenciada, nos seguintes termos:

“Acontece, porém, que de vários lados surgem interrogações sobre o conteúdo, o alcance e a legitimidade de certas normas da Constituição da República de 1976, se aferidas justamente por aqueles valores fundamentais, e se vem pondo a dúvida de saber

se o legislador constituinte — ele próprio — não terá afinal exorbitado de sua missão e dos seus poderes, ao tomar as correspondentes decisões, deixando no fim de contas inacabada a obra de reposição do império do direito, que dele seria de esperar. Neste contexto, não faltam mesmo decisões judiciais em que alguma ou algumas dessas normas foram havidas, ao menos implicitamente, como ‘inconstitucionais’. Eis assim como o tema da inconstitucionalidade de normas inconstitucionais se tornou de candente atualidade no nosso país” (nota do tradutor, José Manuel M. Cardoso da Costa, fazendo referência ao tema em Portugal, p. V).

Para Otto Bachof “A permanência de uma Constituição depende, em primeira linha, da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe, face à comunidade que ela mesma constitui” (p. 11).

Desse modo, “também uma norma constitucional pode ser ‘inconstitucional’ por violação do direito constitucional escrito (formal)” (p. 49), pois “se uma Constituição, em tudo o resto, se tornou juridicamente eficaz, mas uma das suas normas, isoladamente, não corresponde aos requisitos de eficácia por aquela mesma estabelecidas, pode bem falar-se de uma norma constitucional ‘inconstitucional’: em qualquer caso, porém, tratar-se-á de uma norma *inválida*” (ob. cit., p. 51).

Mas não se pense que a teoria desenvolvida por esse jurista de escol restou isolada ou como mero ensaio doutrinário.

Seus reflexos transcenderam os limites nacionais ou internos, ganhando foro internacional e irradiando-se para outros países da Europa (Portugal e outros), encontrando apoio e aceitação em outros autores de nomeada.

A favor de uma possibilidade de controle da constitucionalidade da Constituição pelos tribunais, pronuncia-se expressamente GREWE (*Rechtsgutachten über die Rechtsgültigkeit des art. 41 der hess. Verfassung*, p. 6; cf. tb. p. 7 e ss., 16 e ss.).

Também Krüger manifesta-se a favor de uma ampla faculdade judicial de controle das normas constitucionais (*Archiv des öffentlichen Rechts* 77, 1951, p. 55). Afirma ele a existência de

uma faculdade judicial de controle no tocante à compatibilidade de uma norma constitucional com outras normas constitucionais “de grau superior” (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1950, p. 163 e ss.)

A essa posição de Krüger aderiu Giese (*Deutsches Verwaltungsblatt*, 1950, p. 458 e ss).

Para Scheuner afigura-se “não estar excluída a possibilidade de serem inválidas normas constitucionais que infringam o elemento democrático fundamental da Constituição” (*Politische Betätigung von Beamten gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung*, in *Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst*, Frankfurt A. M. 1951, p. 72, nota 20).

Na Alemanha, a questão não se restringiu nem ficou circunscrita à comunidade científico-doutrinária.

Os tribunais alemães manifestaram-se acerca de tão palpitante e tormentoso tema.

“O Tribunal Constitucional Federal, do mesmo modo que outros tribunais alemães, reconheceu em várias decisões a existência de direito ‘suprapositivo’, obrigando também o legislador constituinte. Considera-se ele competente para aferir por esse direito o direito escrito. Também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça” (Prefácio de Otto Bachof para a tradução portuguesa da obra *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, p. I).

Esse autor cita, ainda, decisão do *VerfGH* (Tribunal Constitucional) da Baviera (*Verfassungsgerichtshof*), no seguinte sentido: “A nulidade inclusivamente de uma disposição constitucional não está, *a priori* e por definição, excluída pelo fato de tal disposição, ela própria, ser parte integrante da Constituição. Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição e que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade, podem ser nulas [...]” (ob. cit., p. 23).

Mas importa saber da possibilidade de ocorrer e se declarar a chamada “inconstitucionalidade intrínseca”, quando preceitos da mesma Carta, nascidos em momento coevo e do mesmo legisla-

dor constituinte são incompatíveis entre si, ou quando o preceito desconforme com outro já existente é integrado à Magna Carta por emenda constitucional.

Agora já não mais se trata da inconstitucionalidade em face do direito “suprapositivo”, mas da violação de um preceito escrito por outro da mesma natureza.

Surge a questão de saber se também uma norma originariamente contida na Carta Magna e editada eficazmente, sob o ponto de vista formal, quer dizer, uma norma criada não por força da limitada faculdade de revisão do poder constituído, mas da ampla competência do poder constituinte, pode ser materialmente constitucional.

Obtemperou o autor citado que essa questão pode parecer, à primeira vista, paradoxal, pois, “na verdade, uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar-se a si mesma”. “Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição: ora, o fato é que por constitucionalistas tão ilustres como Krüger e Giese foi defendida a opinião de que, no caso de semelhante contradição, a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida” (ob. cit., p. 55).

J. J. Gomes Canotilho, embora concordando com a tese aqui defendida, antepõe questão relevante, assim se expressando:

“O problema das normas ‘constitucionais inconstitucionais’ é levantado por quem reconhece um direito suprapositivo vinculativo do próprio legislador constituinte. É perfeitamente admissível, sob ponto de vista teórico, a existência de contradições transcendentais, ou seja, contradições entre o direito constitucional positivo e os *valores*, *directrizes* ou *critérios* que servem para a modelação do direito positivo (direito natural, direito justo, idéia de direito etc.).

“Diversa da hipótese acabada de configurar, é a *contradição positiva* entre uma norma constitucional escrita e outra norma constitucional também escrita. Nestes casos, a existência de normas constitucionais inconstitucionais continua a ser possível, desde que se conceba (o que neste curso se rejeita) uma relação de hierar-

quia entre as próprias normas constitucionais. Dito por outras palavras: a inconstitucionalidade de uma norma constitucional resulta do facto de esta norma ser considerada hierarquicamente inferior (*rangniedere Norm*) e estar em contradição com outra norma da constituição julgada hierarquicamente superior (*ranghöhere Norm*)” (*Direito Constitucional*, Livraria Almedina, 5ª ed., 1991, p. 240 e 241).

Portanto, só admite a existência de normas constitucionais inconstitucionais se possível for conceber uma relação de hierarquia entre as próprias normas constitucionais.

É certo que em várias cartas constitucionais de outros países inexistente tal particularidade.

Também nossas Constituições anteriores só continham disposições lineares, em mesmo e único plano.

Não é, contudo, o que ocorre com a Constituição Federal posta a lume em 5-10-1988, ao converter os direitos e garantias individuais nas chamadas “cláusulas de eternidade”, ou “cláusulas pétreas”, imodificáveis e irretiráveis de seu texto.

Sem dúvida que se estabeleceu, de modo claro e insofismável, uma hierarquia.

Uma é perpétua — imodificável e irretirável —; outra, poderá, eventualmente, ser passageira e transeunte.

Uma, concede garantia tida como “fundamental”; outra, implica na restrição de direito.

Fundamental é aquilo do qual não se pode prescindir.

Para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira *fundamental* traduz tudo que for “básico”, “essencial”, “necessário”.

A garantia, conforme o mesmo autor, tem como essência a propriedade de assegurar uma obrigação.

Isso quer dizer que o Estado assumiu a obrigação de conceder e jamais retirar direitos fundamentais, como, *in casu*, a igualdade e o exercício livre do trabalho.

Examinando a questão sob o aspecto da existência das “cláusulas pétreas” ou de grau superior, Otto Bachof assim se expressou:

“Todavia, também pode conceber-se uma ‘inconstitucionalidade’ de normas constitucionais (um só e o mesmo plano) e também ela não pode ser pura e simplesmente exceptuada do controle judicial. Isto resulta já do fato de a Lei Fundamental, no art. 79, n. 3, declarar inalteráveis alguns dos seus preceitos. Se, porventura, apesar disso, uma semelhante alteração – conscientemente ou mesmo não intencionalmente, em consequência de uma errada avaliação do alcance da norma modificadora ou da declarada como imodificável – fosse aprovada e publicada na forma de uma lei de revisão da Constituição, a norma modificadora reivindicaria para si própria a qualidade de norma constitucional eficaz, e, no entanto, simultaneamente, medida pela norma da Constituição até aí ‘inalterável’, seria inconstitucional. Não vejo nenhuma razão pela qual não devesse poder recorrer-se ao Tribunal Constitucional Federal também num tal caso: do contrário, deixaria de exercer-se uma das suas mais essenciais funções como guarda da Constituição” (ob. cit, p. 13).

Por fim, calha ao estudo a advertência desse mestre que, com perfeita exaço, assim obtemperou:

“A objeção de que um artigo da Constituição não é uma ‘lei’, sobre cuja ‘constitucionalidade’ se pudesse discutir, mas se situa, como elemento integrante da Constituição, acima de todas as leis, não pode considerar-se decisiva no quadro de um sistema constitucional em que a Constituição não vale como um ato de um poder absoluto de decisão, despidido de todas as vinculações jurídicas, mas se encontra, ela própria, sujeita à precedência de normas que lhe estão supra-ordenadas. Esta vinculação jurídica do poder de decisão do legislador constituinte atua num duplo sentido: por um lado, toda e qualquer Constituição encontra uma barreira à sua eficácia em determinados princípios jurídicos intangíveis, que tanto justificam como limitam o ato constituinte (‘legitimidade da atuação constituinte’); por outro lado, o ato de nascimento da Constituição, sempre que se não esteja perante uma decisão constituinte puramente revolucionária, tem de observar as regras processuais estabelecidas em leis pré-constitucionais para o ato de legislação constitucional (‘legalidade da atuação constituinte’). Levantando-se objeções à legalidade do ato de legislação constitucional, surge

a questão da ‘constitucionalidade da Constituição’ ou, no caso de as faltas apontadas se limitarem a um artigo isolado da Constituição, a questão da ‘constitucionalidade de um preceito constitucional’. A competência de controle de um tribunal constitucional relativa à ‘constitucionalidade das leis’ abrange também a faculdade de controle, nela incluída, relativa ‘à constitucionalidade da Constituição’” (*idem*, p. 31).

Cabe, agora, demonstrar a aceitação da tese no Brasil e o comportamento da doutrina e da jurisprudência pátria sobre o tema.

Segundo a conclusão de Jair Eduardo Santana “fica claro que também uma norma constitucional pode ser inconstitucional por ferir, agredir ou violar o próprio direito constitucional escrito (o direito constitucional formal)” (Revisão Constitucional — Reforma e Emendas, 1993, p.123 e 124).

Entre os nossos, João Aurino Mendes Brito demonstrou a importância e a supremacia das chamadas “cláusulas de perpetuidade” com as seguintes palavras:

“Assim, é que ela própria, a Constituição, ou melhor, os seus feitores, visando impedir que a ordem constitucional vigente — por ela determinada — seja destruída na sua substância e nos seus fundamentos, cuida de estabelecer limites materiais expressos à sua eventual reformulação, traduzidos nas chamadas ‘cláusulas pétreas’ ou de garantia de eternidade: É notório que tais cláusulas de perpetuidade revelam, em última instância, ‘um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade’. E que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade”.

Em seguida conclui:

“Não obstante o acerto próprio de tais afirmativas, não se pode deixar de reconhecer extrema importância às aludidas cláusulas de perpetuidade” (Considerações acerca do controle da constitucionalidade na nova Constituição Federal, Revista Forense n. 315, p. 37 e 38).

Importante lição nos é passada por Gilmar Ferreira Mendes ao demonstrar o poder de desagregação de uma única emenda constitucional editada em desconformidade com o “sistema” estabelecido pela Carta de Princípios e sua validade diante de regras hierarquicamente superiores:

“Uma emenda constitucional editada na forma do art. 79, I e II, da Lei Fundamental, ainda que pretenda alterar apenas determinado dispositivo, provoca uma completa mudança na Constituição. Esse evento pode ser limitado através das chamadas ‘garantias de eternidade’ ou das ‘cláusulas pétreas’ (*Ewigkeitsgarantien*), constantes do art. 79, III, da Lei Fundamental, de modo que a emenda constitucional há de ter a sua constitucionalidade aferida com base nos princípios constantes dessas ‘cláusulas pétreas’, antes que venha a ter eficácia sobre toda a Constituição” (Controle de Constitucionalidade na Alemanha, RDA 193/25).

Sobre ser uma norma constitucional desconforme com a própria Carta Magna, discorreu favoravelmente o ínclito Desembargador Mohamed Amaro, forte em ensinamentos da doutrina, assim se manifestando:

“Em princípio, essa questão afigura-se paradoxal, posto que, não se conceberia que uma lei constitucional possa, ontologicamente, violar-se a si mesma, degladiar-se consigo mesma, ou que ocorra uma contradição do legislador constitucional consigo mesmo. Ato dessa natureza, evidentemente, equivaleria à revogação do dispositivo constitucional que estabeleceria a restrição ou a proibição; destarte, seria um ato verdadeiramente atentatório, insustentável na teoria geral do Direito Constitucional. Mas, caracterizada a hipótese, possível será considerar inconstitucional uma norma constitucional em razão de sua incompatibilidade com o conteúdo de princípio da Constituição (Giese). Assim é, porque ‘a lei a ser respeitada e cumprida, em quaisquer circunstâncias, é a Constituição, não a que desrespeita’ (Ronaldo Poletti, *in* Controle da Constitucionalidade das Leis, p. 120, ed. 1985)” (*apud* Mohamed Amaro, *Limites da Revisão Constitucional*, JTJ — LEX — Jurisprudência do Tribunal de Justiça, São Paulo, vol. 147, p. 21).

Em excelente exposição feita em 15-9-1990 no 1^o Fórum Nacional de Direito Constitucional, o Desembargador Franciulli Neto colocou em dúvida a validade de preceito contido no art. 33 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, diante do dispositivo do corpo permanente dessa própria Carta, constante do art. 5^o, XXIV, assim se manifestando:

“Vem a calhar a insuperável preleção do saudoso mestre José Horácio Meirelles Teixeira a respeito do tema, ao cuidar de regra de interpretação relativa ao valor das ‘disposições transitórias’ de uma Constituição: ‘O papel dessas disposições, como seu nome indica, é temporário, e assim devem considerar-se, sempre que esse entendimento seja logicamente possível. Não se deve admitir que as ‘disposições transitórias’ revoguem ou contradigam a parte permanente da Constituição. Já sabemos que as ‘disposições transitórias’ constituem elemento de mera aplicação das Constituições, que alguns autores, por isso mesmo, as denominam ‘elemento formal’, ou ‘adjetivo’, em contraposição com o elemento material, substantivo, que seria a parte permanente da Constituição. Adote-se ou não essa terminologia, o certo é que as ‘disposições transitórias’ visam a precipuamente ajustar certos assuntos ou situações à nova ordem constitucional, facilitando, portanto, a passagem de uma a outra situação, sem choques ou colisões. Fazendo parte da Constituição, tais dispositivos gozam, pela sua natureza constitucional, da mesma autoridade que os demais, em face dos poderes e autoridades do Estado e dos cidadãos em geral. Mas, por outro lado, dada a sua missão temporária, de ajustamento de situações, não é possível admitir que, num caso de conflito com dispositivos do corpo da Constituição, possam derogar a estes’ (cf. *Postilas de Direito Constitucional*, t. III/142, Cooperativa D. Gastão, PUCSP, 1962). Então, se não é possível, consoante lição desse exímio Publicista, a derrogação — e para não enveredar a discussão para a tormentosa questão da inconstitucionalidade intrínseca entre os dispositivos de uma mesma Constituição — a conclusão, a ser submetida à apreciação dos doutos, é a de que, dada a evidente incompatibilidade, a espécie é de mera inaplicação do art. 33 das ‘Disposições transitórias’ de nossa CF aos requisitos judiciais provenientes de dívida contraída com desapropriações. Dessa opinião comunga a Prof^a. Maria Garcia, segundo li-

ções por ela proferida no Curso Des. João Batista de Arruda Sampaio [...]” (Desapropriação — O aparente conflito entre o art. 33 das Disposições Transitórias e o art. 5º, XXIV, ambos da Constituição Federal, RT 659/232).

Perceba-se, porque importante, que o ilustre e culto magistrado conclui que a desconformidade de um preceito da Constituição constante das Disposições Transitórias ante outro preceito da parte permanente dessa mesma Constituição resolve-se com a inaplicação da norma transitória.

Três as conclusões inarredáveis que se retira desses ensinamentos: a primeira, que o emérito professor e articulista admite a existência de hierarquia entre preceitos constitucionais; a segunda, que podem existir disposições constitucionais que ofendam ou não se harmonizam com outras da mesma Carta; e a terceira que a disposição desconforme é inaplicável, visando a que o preceito permanente remanesça íntegro e sobranceiro.

Aliás, essa questão relativa à disposição contida no art. 33 do “Ato das Disposições Transitórias” da Constituição de 1988 mereceu a atenção de outros doutrinadores de notórias qualidades e de diversos pronunciamentos judiciais.

Em brilhante artigo de doutrina Alfredo Buzaid concluiu:

“Havendo na Constituição duas disposições antagônicas entre si e figurando uma no texto propriamente dito e outra nas disposições transitórias, aquela se sobrepõe a esta, aquela prevalece sobre esta, aquela deve ser cumprida e esta deve ser desconsiderada. É de estrito direito e justiça julgar inaplicável o disposto no art. 33 do ‘Ato das disposições constitucionais transitórias’, prevalecendo, nas desapropriações de imóveis urbanos, a regra do art. 182, § 3º, da CF, segundo a qual a indenização há de ser prévia e em dinheiro” (É constitucional o artigo 33 do “Ato das Disposições Transitórias” da Constituição de 1988? (artigo), RT 669/7).

Também desse pronunciamento extraem-se duas conclusões: a) para o consagrado jurista existe uma “hierarquia” entre disposições constitucionais; b) preceitos antinômicos da mesma Constituição não podem ser aplicados a um só tempo; um deles

deve ser desprezado, pouco importando que a inconstitucionalidade tenha ou não sido declarada.

Confirmando essa tendência, pode-se invocar alguns julgados de nossos pretórios, como, *v.g.*, excelente exposição do Desembargador Franciulli Netto, agora em voto que proferiu nesta Casa, que, em parte, se transcreve:

“Em matéria de desapropriação, inexistente propriamente um conflito entre o art. 33 do ‘Ato das disposições constitucionais transitórias’ e o art. 5º, XXIV, este do corpo permanente e ambos da CF de 1988, porque o último dispositivo está encartado entre os direitos e as garantias fundamentais, individuais e coletivas.

“Este último artigo, com a majestade que o caracteriza, seja do ponto de vista topológico, seja primacialmente por seu conteúdo de manifestação ideológica de vontade do constituinte, ao determinar a justa e prévia indenização em dinheiro para a desapropriação, tenha o fundamento que tiver (necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social), é de caráter preceptivo e não programático, segundo a autorizada lição de Jorge Miranda, abonada por Ives Gandra Martins (cf. Sistema Tributário na Constituição de 1988, Ed. Saraiva, 1989, p. 286)” (TJSP — 14ª C. — AI — Rel. Des. Franciulli Neto — RT 668/96).

Também a 15ª Câmara Cível decidiu pela inaplicação do indigitado art. 33 das DT da CF/88, com o seguinte enunciado:

“Os arts. 5º e 100 da CF devem prevalecer sobre o art. 33 das ‘Disposições Transitórias’, sob pena de ser violado todo o sistema quanto ao processo de desapropriação. Outrossim, se cumprido o art. 33 das ‘Disposições Transitórias’, haveria o desrespeito ao princípio da igualdade de todos perante a lei” (TJSP — 15ª C. — AI n. 153.926-2 — Rel. Des. Bourroul Ribeiro — RT 654/99).

No voto vencedor que proferiu, em julgamento no qual se discutiu a inconstitucionalidade do art. 33 das DT da CF/88, o magistrado de reconhecida cultura e competência Hamilton Elliot Akel assim se manifestou:

“Em suma, se o conflito se revela entre normas postas por um só ato do constituinte e pertencentes ao mesmo escalão, sen-

do impossível a superação do conflito pela aplicação dos princípios *lex posterior derogat legi inferiori* e *lex posterior derogat legi priori*, a solução será o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma delas, resolvendo-se o impasse pela consideração de que se deixou ao aplicador a opção entre uma delas” (1º TACSP — TP — Arguição de Inconstitucionalidade n. 474.287-2 — Voto vencedor do Juiz Elliot Akel — j. 30-4-92).

Muito interessante e criativa é a posição de Ives Gandra da Silva Martins, conforme lição que se reproduz:

“Na ocorrência de dispositivos aparentemente conflitantes ou efetivamente conflitantes dos textos constitucionais extensos cabe ao intérprete duas posições: a conciliatória ou a excludente do princípio menor. Em outras palavras, ou a integração exegética no sistema recompõe o conteúdo ôntico do dispositivo, à luz do sistema, ou ocorre a declaração da inconstitucionalidade da norma constitucional em face de sua não inserção no sistema, o que se poderia acoplar a teoria da ineficácia da norma inintegrável, sem que sua vigência fosse cancelada, teoria desenvolvida por Domingos Franciulli Netto, à luz do direito brasileiro”.

E prossegue:

“Não creio seja possível, no Brasil, apesar da abstrata solução germânica, a adoção pura da inconstitucionalidade das normas constitucionais, entendendo também admissível, nada obstante sua aceitação por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo, a teoria da perda de eficácia e não da vigência das normas inintegráveis. Entendo possível a adoção de solução conciliatória, mormente à luz da impossibilidade de aplicação de todo o ordenamento constitucional, simultaneamente, pela existência, neste, desde normas programáticas até àquelas de eficácia contida ou limitada, que retêm, no tempo, a plena eficácia constitucional”.

E prossegue:

“Parece-me sempre possível conciliar princípios aparentemente divergentes, principalmente à luz da teoria da impossibilidade material, a que me referi no início deste parecer, com o que *a vigência e a eficácia da norma constitucional permanecem, nas normas que se*

chocam, suspensas no tempo, por força da impossibilidade material de sua implementação” (Direito Constitucional Interpretado, Ed. RT, SP, 1992).

O autor citado, embora reconheça que o Tribunal de Justiça de São Paulo aceita a solução germânica, de adoção pura da inconstitucionalidade das normas constitucionais, prefere adotar uma posição intermediária, de modo que a norma desconforme não perde sua vigência mas torna-se sem eficácia, “suspensa no tempo”.

É de ver, contudo, que o resultado prático será o mesmo daquele preconizado pelo Desembargador Franciulli Neto: a inaplicação do preceito contaminado.

Não será demasia afirmar que, hodiernamente, já não se pode mais acolher a lição de Alfredo Buzaid (que, aliás, mudou de posicionamento, conforme consta do artigo publicado na RT 669/7, atrás mencionado e, em parte, transcrito), quando afirmou, com sua proverbial clareza: “Pode dizer-se que é constitucional toda norma que foi editada pelo Poder Constituinte e faz parte integrante da Constituição. Errôneo é, portanto, pretender distinguir, numa Constituição, cláusulas mandatórias e diretórias, programáticas ou de orientação, atribuindo-lhes eficácia jurídica diversa” (Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Ed. Saraiva, 1958, p. 47).

É que ao tempo em que assim se manifestou o grande jurista vigia a Constituição Federal de 1946, que não continha as chamadas “cláusulas de eternidade”.

Timidamente é que a Constituição Federal de 1967 e a EC n. 1/69 dispuseram no art. 47, § 1º, que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República”, ao passo que a atual tornou impossível de alteração: I) a forma federativa de Estado; II) o voto direto, secreto, universal e periódico; III) a separação dos Poderes; IV) *os direitos e garantias individuais* (art. 60, § 4º).

III – A questão da inconstitucionalidade intrínseca na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O colendo Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, ao apreciar pedido de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio, contra a instituição e cobrança do IPMF (Imposto sobre Movimentações Financeiras) enfrentou a questão da chamada “inconstitucionalidade intrínseca”, ou seja, a verificação de preceito constitucional inconstitucional ou desconforme com outra disposição contida na mesma Carta Magna.

Prevaleceu o entendimento do Relator, Ministro Sydney Sanches, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional n. 3/93 e a conseqüente concessão da liminar, que assim se manifestou:

“Importa saber, por primeiro, ainda que para efeitos meramente cautelares, se o constituinte derivado podia, mediante emenda constitucional, estabelecer as exceções de que trata esse § 2º, em face do que havia disposto no constituinte originário. O constituinte originário, ou melhor a Constituição Federal de 5-10-1988, no Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais, destinou o capítulo I aos direitos e deveres individuais e coletivos. Enunciou-os no art. 5º e seus setenta e sete incisos. E no § 2º desse único artigo do Capítulo I, aduziu: ‘§ 2º — os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]’. Já no Título VI, destinado à tributação e orçamento, e no Capítulo I, dedicado ao sistema tributário nacional, mais precisamente na Seção II, regulou a Constituição ‘as limitações ao poder de tributar’, estabelecendo, desde logo, no art. 150: ‘Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III — Cobrar tributos: *b* — no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou’. Trata-se, pois, de garantia outorgada ao contribuinte, em face do disposto nesse art. 150, III, *b*, em conjugação com o § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Ora, ao cuidar do processo legislativo e, mais, especificamente, da emenda à Constituição, esta, no § 4º do art. 60, deixa claro: ‘Não será objeto

de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV — os direitos e garantias individuais’. Entre esses direitos e garantias individuais, estão, pela extensão contida no § 2º do art. 5º e pela especificação feita no art. 150, III, *b*, a garantia ao contribuinte de que a União não criará nem cobrará tributos, ‘no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou’. No caso, o art. 2º da EC n. 3/93, permitindo a instituição do tributo em questão, no mesmo ano de 1993, o que se consumou com o advento da Lei Complementar n. 77, de 13-7-93, parece, assim, a um primeiro exame, para efeito de medida cautelar, haver afrontado o disposto nos referidos § 2º do art. 5º, art. 150, III, *b*, e § 4º do art. 60 da Constituição Federal. Isso basta para que, ao menos durante o presente exercício de 1993, se suspenda a eficácia de referido art. 2º, § 2º, da EC n. 03/93, e, conseqüentemente, da Lei n. 77/93” (STF — TP — ADIn 939-7—DF (Apreciação de pedido de Medida Cautelar pelo Tribunal Pleno — Rel. Min. Sydney Sanches — j. 15-9-93).

Como se vê, o colendo Supremo Tribunal Federal não só admitiu a possibilidade de existência de preceito da Carta Magna desconforme ou “inconstitucional”, diante de outro preceito da mesma Carta, porque contrariou e retirou direito individual garantido, e, também, porque essa garantia é irretirável por estar incluída entre as chamadas “cláusulas pétreas”.

Parece oportuno aqui reproduzir parte dos votos proferidos pelos ilustres Ministros, quando da apreciação, pelo Plenário daquela Corte, do pedido de medida cautelar:

Ministro Celso de Mello:

“As denominadas ‘cláusulas pétreas’ representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembléia Nacional Constituinte, do poder de reforma do Congresso Nacional, evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte derivado.

“Emendas à Constituição podem, assim, incidir, também elas, no vício da inconstitucionalidade, configurado este pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas

no texto constitucional por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias (Otto Bachof, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, p. 52 a 54, 1977, Atlântida Editora, Coimbra; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II/287-294, item n. 72, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; Maria Helena Diniz, *Norma Constitucional e seus efeitos*, p. 97, 1988, Saraiva; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 756 a 758, 4ª ed., 1987, Almedina; José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 58 a 60, 5ª ed., 1989, RT, entre outros)".

Ministro Néri da Silveira:

"Correta seria tal objeção, *ad instar* do que ocorreu no regime constitucional anterior, não fosse a existência, agora, de cláusula pétrea a interditar, nesse sentido, deliberação do poder constituinte instituído, *ut* art. 60, § 4º, IV, da Carta Política em vigor, óbice inexistente no sistema da Emenda Constitucional n. 1/1969, onde, apenas, se impedia emenda constitucional tendente a abolir a Federação ou a República (art. 47, § 1º).

"Não há, pois, deixar de reconhecer a relevância do fundamento da ação, baseado em alegações de ter a Emenda Constitucional n. 3/1993 ferido o princípio da anterioridade, em dispondo como o fez em seu art. 2º, § 2º".

Infere-se desse julgado que o mais alto Tribunal do País, guardião da Constituição Federal e alçado à condição de Corte Constitucional, não só admite a possibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais, como assim declarou, confirmando a tese aqui defendida, dando-lhe autoridade.

E, nota-se que diferença ontológica entre uma situação e outra inexistente.

Uma Emenda Constitucional, após promulgada e posta a lume, passa a integrar o texto da Constituição, de modo que ao se declarar a inconstitucionalidade da Emenda ou de parte dela, estar-se-á, conseqüentemente, declarando a inconstitucionalidade de preceito da própria Magna Carta.

IV – A “inconstitucionalidade” ou ineficácia do art. 93, inciso VI, diante do art. 5º, *caput* e incisos I e XIII, da CF/88

Para melhor exposição da questão, trazemos à colação preceitos da Constituição Federal acerca do *thema decidendum*.

O art. 93, inciso VI, que regula a aposentadoria dos magistrados, dispõe:

“VI — a aposentadoria com proventos integrais é *compulsória* por invalidez ou *aos setenta anos de idade*, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura”.

Com relação aos membros do Ministério Público temos o art. 129:

“§ 4º — Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93, II e VI”.

Mesma previsão foi feita para os servidores públicos:

“Art. 40. O servidor será aposentado:

“II — compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço”.

Para os trabalhadores regidos pela CLT e que se aposentam pelo regime da Previdência Social, assim dispôs a Constituição da República:

“Art. 202. É assegurada aposentadoria:

“I — aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal;

“II — após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;

“III — após trinta anos, ao professor, e após vinte e cinco, à professora, por efetivo exercício de função de magistério”.

Portanto e em resumo, para os servidores públicos, membros da Magistratura e do Ministério Público a Lei Maior fixou limite máximo de idade (70 anos) para a permanência desses agentes públicos na carreira.

Contudo, para os trabalhadores em geral, regidos pela Consolidação da Leis do Trabalho; para os detentores de cargos eletivos no Poder Executivo (Presidente da República, Governadores de Estados, Prefeitos Municipais) e no Poder Legislativo (Senadores da República, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores) nenhuma limitação foi estabelecida.

Isso quer dizer que qualquer deles poderá ser eleito para um desses cargos, a qualquer tempo.

Nenhum óbice haverá para que um cidadão se eleja Presidente da República aos noventa anos de idade e permaneça no cargo enquanto durar o seu mandato.

Nem mesmo aos Ministros de Estado ou Secretários de Estado foi imposta limitação temporal para permanência no cargo.

Ora, ninguém haverá de apontar diferença ontológica entre detentores de cargos nos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, salvo de atribuições.

Todos são detentores de cargos de natureza pública e estipendiados pelo Estado.

Os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público são órgãos de Poder (cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, SP, 9ª ed., 3ª tiragem, p. 480), enquanto que os dirigentes eleitos e seus ministros e secretários são considerados “órgãos superiores da administração” (obra e autor citados, p. 561).

Todos, contudo, inclusive os detentores de cargos eletivos no Executivo e Legislativo, são definidos genericamente “agentes públicos” pela Lei Federal n. 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, que preceitua:

“Art. 2º. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qual-

quer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

Do que se infere, claramente, que o inciso VI do art. 93 da CF/88, sobre ser restritivo, limitador de direitos, não se compadece com o critério ou regime de aposentadoria dos demais agentes públicos, para os quais nenhuma limitação foi feita.

Em outras palavras, essa disposição está em desarmonia e ofende o art. 5º, *caput* e inciso I, da mesma Carta, que asseguram a igualdade, sem distinção de qualquer natureza e, ainda, o inciso XIII do art. 5º, que assegura o livre exercício de qualquer trabalho.

“A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes” (Celso Antonio Bandeira de Mello, O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Ed. RT, São Paulo, 1978, p. 14).

Isso quer dizer que “ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes” (*idem*, p. 14).

Nem caberia dizer e invocar o velho e surrado argumento de que só se igualam os iguais e que a igualdade só é assegurada na proporção das desigualdades.

Ninguém conseguirá apontar desigualdades entre os agentes públicos mencionados, com poder suficiente para restringir ou discriminar uns e privilegiar outros.

Ressuma evidente que uma disposição da Carta de Princípios não pode retirar direito que ela própria assegurou, dando-lhe a qualificação de “garantia fundamental”.

Na elaboração de um Estatuto com a envergadura de Lei Maior, o legislador constituinte ou o legislador revisor não pode, jamais, distrair-se a ponto de deixar de obedecer às regras supralegais ou de superdireito, de modo que os direitos e garantias

individuais se traduzam em enunciados vazios e meramente retóricos.

Precisa é a lição de Luciano Ferreira Leite a respeito:

“Pode-se afirmar que, nos países em que vigora o Estado de Direito, a atuação da Administração, em suas relações com os administrados somente se viabiliza, na medida em que seus atos forem produzidos na conformidade de anterior regra jurídica. Quando a Lei Maior dispõe sobre direitos e garantias individuais aos cidadãos, tais disposições implicam autolimitação para o Estado, vedado ou limitado para legislar sobre matérias específicas, que se constituem para os administrados mecanismos assecuratórios de direitos” (Discrecionariade Administrativa e Controle Judicial, Ed. RT, São Paulo, 1981, p. 13).

Em um Estado democrático essas garantias não de ser dogmas intangíveis, de modo que a igualdade se estabeleça plenamente e sem restrições.

A doutrina afirma que a democracia repousa sobre três princípios fundamentais: o princípio da maioria, o *princípio da igualdade* e o princípio da liberdade (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, São Paulo, 9ª ed., 3ª tiragem, p. 117).

Aristóteles prenunciou que a democracia é “o governo onde domina o número, isto é, a maioria, mas também disse que a alma da democracia consiste na liberdade, sendo todos iguais” (Politique, p. 97 a 101). Segundo ele a igualdade é o primeiro atributo que os democratas põem como fundamento e fim da democracia (*idem*, p. 141 e 142).

Como percebeu Hauriou, não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado (*Derecho Público y Constitucional*, Editorial Reus, Madri, 2ª ed., p. 120).

Ruy Barbosa já dizia que uma coisa são os “direitos”, outra as “garantias”, pois devemos separar, “no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, *limitam* o

poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias” (República — Teoria e prática, textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República, seleção e coordenação de Hilton Rocha, Petrópolis/Brasília, Ed. Vozes, Câmara dos Deputados, 1978, p. 121 e 124).

A questão da isonomia é tão importante e, lamentavelmente, não vem sendo vista com a seriedade que se exige.

Por isso o seu estudo, aqui, merece algum aprofundamento.

Em lapidar acórdão, que já faz parte dos anais do mais alto Sodalício deste país, colocou-se a questão da igualdade com absoluta exação e com perfeito enfoque, cuja transcrição faz-se obrigatória:

“O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é — enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica — suscetível de regulamentação ou de complementação normativa.

“Esse princípio — cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público — deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; e b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei — que opera numa fase de generalidade puramente abstrata — constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

“A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade” (STF — TP — Mand. Inj. n. 58-1 — Rel. Min. Celso de Mello — j. 14-12-90 — Rev. Dout. e Jurisp. do Tribunal Justiça do Distrito Federal e Territórios, maio/ago. de 1991 e RDA 183/143).

“A igualdade perante a lei, segundo nos parece, é uma regra de hermenêutica. Traduz uma obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, o que caracteriza a isonomia puramente formal, pois é uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos.

Pressupõe, também, a existência de uma regra com força *erga omnes* e, por isso, afetada do atributo benéfico de projetar efeitos e reflexos que se mostram harmônicos e asseguradores de igualdade na sua recepção e fruição.

Kelsen já havia demonstrado que a igualdade perante a lei não possui significação peculiar alguma. O sentido relevante do princípio isonômico está na obrigação da igualdade na própria lei, vale dizer, entendida como limite para a lei (Teoria pura do Direito, tradução francesa da 2ª ed. alemã, por Ch. Einsenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 190).

Assim, quando não há igualdade “na lei” — ou seja — quando o *discrímen* caracteriza o vírus que contamina a própria norma, porque o legislador não observou a regra de superdireito, então não estamos mais diante de mera operação de subsunção dessa norma a uma hipótese fática, nem se exige que se faça a operação de confronto de uma situação concreta ao seu paradigma.

Estamos, em verdade, diante de um preceito contaminado e tão afetado pelo cancro que o corrói que não se presta a ser aplicado a nenhuma hipótese. Contém o vício da suma nulidade. Aliás, sequer merece existir.

É o que ocorre com a norma restritiva e limitadora do inciso VI do art. 93 da Constituição Federal que se mostra em absoluta antinomia com os postulados fundamentais asseguradores de direitos.

Portanto, o que impende considerar é que “nenhuma interpretação pode levar ao absurdo” (Karl Engisch, Introdução ao Pensamento Jurídico, 2ª ed., Lisboa, p. 133).

Aliás, cabe aqui a advertência feita pelo próprio Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação e aplicação das regras constitucionais:

“Convém não esquecer que estamos interpretando normas constitucionais e não normas de direito comum. Normas constitucionais não se interpretam no rumo de regras ordinárias. Vale invocar, a propósito, a célebre frase do Chief Justice J. Marshall, proferida no acórdão do caso *McCulloch vs. Maryland*, em 1819, que *‘We must never forget that it is a constitution we are expounding’*. Também aqui, não custa repetir, é uma Constituição que estamos interpretando, vale dizer, estamos interpretando um ato normativo superior a todos os outros, justamente o que empresta validade a estes, motivo por que, bem lembrou o Prof. Fábio Konder Comparato, em trabalho que desenvolveu em torno de normas constitucionais, o sentido e o alcance dessas normas superiores não pode ser entendido da mesma maneira que o das leis às quais empresta validade; ou que o conteúdo e a força vinculante das normas constitucionais possa ser obtido com o emprego do mesmo método de raciocínio que se usa para a compreensão das normas jurídicas fundadas na Constituição (RTJ, 93/62)” (STF — 2ª T. — RE 111.787 — Rel. Marco Aurélio — j. 16-4-91, voto do Ministro Carlos Velloso — RDA 184/245).

Em seu voto o Ministro Carlos Velloso acentuou:

“José Alfredo de Oliveira Baracho, em rico trabalho doutrinário publicado na Revista de Informação Legislativa, n. 53, p. 113, sob o título ‘Hermenêutica Constitucional’, acentua, forte em tratadistas nacionais e estrangeiros, que ‘os problemas da interpretação constitucional são mais amplos do que aqueles da lei comum’, que, por isso mesmo, há regras especiais ‘que devem servir de orientação para a boa interpretação dos dispositivos constitucionais’, destacando aqueles princípios que se referem ao conteúdo teleológico ou finalista da Constituição. Linares Quintana, por exemplo, esclarece José Alfredo Baracho, ‘procura sistematizar as conclusões da jurisprudência em geral e, especialmente, da Corte Suprema, ao retirar dessas decisões as seguintes regras:

‘a) Na interpretação constitucional deve sempre prevalecer o conteúdo teleológico da Constituição, que é instrumento de governo, além de ser instrumento de restrição de poderes de amparo à liberdade individual;

‘b) a finalidade suprema e última da norma constitucional é a proteção e a garantia da liberdade e dignidade do homem;

‘c) a interpretação da lei fundamental deve orientar-se, sempre, para esta meta suprema;

‘d) em caso de aparente conflito entre a liberdade e o interesse do governo, aquela deve prevalecer sempre sobre este último, pois a ação estatal, manifestada através de normas constitucionais, não pode ser incompatível com a liberdade’ (S. V. Linares Quintana, *Teoría de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1953, Ed. Alfa, II/469, *Apud* José Alfredo de Oliveira Baracho, *op. cit.*, p. 121).

“Do exposto, parece-nos razoável concluir, resumindo, que, em caso do aparente conflito de uma norma constitucional com outra, sendo uma delas de proteção à liberdade, aos direitos individuais, há de prevalecer esta última”.

Fundamental perceber o alcance da afirmação do Ministro Carlos Velloso, ao concluir que “em caso do aparente conflito de uma norma constitucional com outra, sendo uma delas de proteção à liberdade, aos direitos individuais, há de prevalecer esta última”.

Tal assertiva vem de encontro a todas as afirmações feitas pelos doutrinadores pátrios e alienígenas mais iluminados e está em consonância com outros julgados do mesmo STF, como, *ad exemplum*, aquele que afirmou a inconstitucionalidade intrínseca de preceito de natureza tributária em face de preceito definidor de garantia individual, considerado cláusula inamovível (decisão acerca do IPMF, STF, ADIn n. 939-7, rel. Min. Sydney Sanches, j. 15-9-93).

E, como apregoava Afrânio Peixoto, “a repetição é uma força”.

Aliás, corroborando esse posicionamento, J. H. Meirelles Teixeira mostra que esse conteúdo teleológico da Magna Carta é, em resumo, o bem comum, ao professorar:

“Mas a questão da legitimidade constitucional pode ainda ser considerada sob outro aspecto.

“Realmente, as Constituições têm uma ‘finalidade’, são feitas para algo, e essa finalidade é o Bem Comum.

“Existem, pois, para a sociedade e para os indivíduos que a compõem, tendo em vista as legítimas necessidades de sua existência e desenvolvimento.

“Às Constituições corresponde, portanto, um papel, um fim a desempenhar: Ordenar a vida social e existência política da Nação num determinado sentido, o qual, evidentemente, só poderá ser o que melhor corresponda àquelas necessidades, materiais e espirituais, do desenvolvimento dos indivíduos e da coletividade nacional, de acordo com os supremos princípios da lei natural e da Justiça, que podemos sintetizar sob a designação de Bem Comum.

“A finalidade última do Estado é proporcionar o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, criar condições adequadas ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, tanto em seus aspectos materiais, como espirituais, levando a cada indivíduo as conquistas materiais e espirituais da civilização.

“Donde qualquer Constituição que negue essa finalidade, para tornar-se instrumento de opressão política ou econômica — desconhecendo a personalidade humana e seus direitos inalienáveis, e os supremos princípios da Justiça e do Direito Natural, criando privilégios odiosos de fortuna ou de sangue, estabelecendo ditadura ou predomínio de uma só classe, seja esta qual for; que negue o Estado de Direito, isto é o Estado também submetido à lei e aos princípios da Moral, e desconheça o Bem Comum —, será uma Constituição ilegítima quanto ao seu conteúdo” (Curso de Direito Constitucional, Forense Universitária, 1ª ed., 1991, Organizado e atualizado por Maria Garcia, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 219 a 221).

Carlos Maximiliano, ao tratar da hermenêutica e aplicação do Direito, depois de observar que não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repertórios jurídicos, escreveu que: “Se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até a evidência” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, n. 14).

Foi o que aqui se fez até a exaustão.

Tantos e tantos são os autores, decisões e argumentos que dão apoio à solução aqui defendida que mais não será necessário acrescentar, obediente que se deve ser à prudência, segundo lição inesquecível: “Quando as palavras não são mais dignas que o silêncio, mais vale calá-las” (Eduardo Galeano, escritor uruguaio, autor de *Dias e Noites de Amor e Guerra*; *Veias Abertas da América Latina* e a triologia *Memórias do Fogo*).

V – A ofensa aos objetivos fundamentais da república

Como se verá, a disposição que impõe a aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade não ofende apenas o *caput*, incisos I e XIII, da Constituição Federal (isonomia e liberdade de trabalho), consideradas cláusulas pétreas ou de eternidade.

Vai além. Transcende a isso.

Desobedece a outro princípio fundamental, incluído como objetivo indeclinável da República, que determina a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV).

Ora, estabelecer limite máximo de idade é, sem dúvida, uma forma de discriminação, segundo a dicção do art. 3º, inciso IV, da Carta Constitucional, exegese que inadmite controvérsia.

Tanto é que o art. 7º, inciso XXX, desse Estatuto Fundamental dispôs:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

“XXX — proibição de diferença de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, *idade*, cor ou estado civil”.

Perceba-se a incoerência: como limitar a idade-limite para trabalhar, se hoje a própria Constituição proíbe essa condição para o candidato prestar concurso público?

E essa vedação, como visto, foi alçada à condição de garantia fundamental e irretirável porque transformada em cláusula pétrea.

Os tribunais, chamados à colação, assim vêm decidindo:

“Concurso público. Limite de idade. ‘a) A CF de 1988, de aplicação imediata, veda a discriminação etária para admissão no serviço público. b) A municipalidade de Porto Alegre não se pode apegar a tal restrição para invalidar inscrição de candidato já concursado’ (STJ — 2ª T. — REsp n. 8.916-0 — Rel. Peçanha Martins — j. 7-12-92 — DJU 15-3-93).

“Concurso público. Indeferimento de inscrição fundada em imposição legal de limite de idade, que configura, na circunstância do caso, discriminação inconstitucional (CF, arts. 5º e 7º, XXX). Segurança concedida — ‘A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5º, *caput*), que se estende, à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares — CF, art. 42, § II), a todo o sistema do pessoal civil’ (STF — TP — RMS — Rel. Sepúlveda Pertence — j. 14-12-90 — RDA 189/222).

“A CF de 1988, além de estabelecer regra geral vedadora da exigência mencionada (art. 7º, XXX, c/c o art. 39, § 2º), explícita ou implicitamente, estabeleceu todas as hipóteses de restrição ao direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas fundadas na idade, não deixando espaço para regulamentação da matéria por meio de legislação infraconstitucional. Afronta a Constituição o ato que impede a inscrição de candidatos em concurso público, sob o fundamento de que possuem mais de 35 anos de idade” (STJ — 2ª T. — REsp — Rel. Ilmar Galvão — j. 12-6-91 — RT 682/202).

“Não é possível limitar-se a inscrição de servidores em concurso público, para preenchimento de cargos da Administração Pública Civil, por motivo de idade. As únicas limitações admissíveis, na espécie, são as inseridas na Constituição Federal” (STJ — 2ª T. — REsp — Rel. Peçanha Martins — j. 2-12-91 — RDA 191/143).

“O art. 7º, XXX, da Constituição Federal banuiu do Direito brasileiro todos os preceitos (ressalvadas as situações previstas na

própria Carta Política), que em razão da idade, restringem o acesso ao serviço público” (STJ — 1ª T. — RMS — Rel. Gomes de Barros — j. 18-3-92 — RDA 191/146).

“Contém discriminação arbitrária o dispositivo editalício que estabelece idade-limite, para inscrição em concurso público, apenas para o não funcionário” (STJ — 1ª T. — RMS — Rel. César Rocha — j. 16-12-92 — RT 699/171”).

Volta-se a insistir na incoerência do inciso VI do art. 93 e na sua notória e flagrante invalidade.

Diante da interpretação que lhes deram as Cortes Superiores, um cidadão pode, em tese, prestar concurso e ingressar na Magistratura ou Ministério Público aos 70 anos de idade, por força dos permissivos contidos nos artigos 3º, IV, 5º, *caput* e inc. I, e 7º, XXX, da CF/88.

Contudo, após tomar posse, será publicada a sua aposentadoria compulsória porque, nos termos do inciso VI do art. 93 da mesma Carta, a aposentadoria é compulsória aos 70 anos de idade.

Não há sustentar essa situação.

Esse exemplo é *quantum satis* para demonstrar quanto se pretendeu na certeza de que “a lógica das palavras deve ceder à lógica da realidade” (Brandeis — Juiz Americano).

VI – A discriminação comprovada – Como solucioná-la?

Demonstrada, estreme de qualquer dúvida, a “inconstitucionalidade” do preceito aqui hostilizado e inquinado de inválido, importa saber qual a solução que se deve dar com relação ao destino dos favorecidos com os seus iguais discriminados.

Celso Antonio Bandeira de Mello demonstra que para se detectar a discriminação “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada”, de modo que “é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra

não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto” (O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Ed. RT, São Paulo, 1978, p. 48 e 49).

E conclui o festejado autor: “Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada” (*idem*, p. 50).

Convincente e definidora a lição de José Afonso da Silva ao ensinar como se resolver a discriminação vedada pela Carta Magna:

“São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional. Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar o benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. Contudo, o ato é constitucional, é legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declará-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. Como, então, resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso. Tal ato é insuscetível de declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta. A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade. Mas aqui, ao contrário, a solução da desigualdade de tratamento não está em estender a situação jurídica detrimetosa a todos, pois não é constitucionalmente

admissível impor constrangimentos por essa via. Aqui a solução está na declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório em relação a quantos o solicitarem ao Poder Judiciário, cabendo também a ação direta de inconstitucionalidade por qualquer das pessoas indicadas no art. 103” (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, São Paulo, 9ª ed., 3ª tiragem, 1993, p. 207 e 208).

Aplicando-se os ensinamentos do mestre acima citado ao caso concreto *sub examine*, teremos a seguinte solução: segundo o primeiro enunciado, as regras permissivas que se harmonizam com o princípio constitucional, alçado à condição de cláusula imutável, e que outorgaram benefício legítimo a pessoas ou grupos, ou seja, as diversas disposições da Carta Magna que facultam aos trabalhadores em geral — empregados no setor privado (“celetistas”) — trabalhar sem qualquer limitação máxima de idade, e aos agentes dos Poderes Executivo e Legislativo ocupar cargos eletivos sem qualquer restrição no que pertine a essa limitação de idade, por serem legítimas, devem ser estendidas às pessoas discriminadas que solicitarem o mesmo benefício ou direito. De acordo com o segundo enunciado, o preceito desconforme com o princípio da igualdade e, portanto, inconstitucional por fazer discriminação não permitida entre pessoas em situação de igualdade, torna-se inaplicável a estas pessoas por ele prejudicadas.

Quer, ainda, parecer, segundo os princípios jurídicos e de lógica formal, que um dos argumentos nucleares e fundamentais à solução da *vexata quaestio* depende da resposta que se dê à seguinte indagação:

Qual a providência a ser tomada quando a constituição federal dispõe de forma diversa para a aposentadoria de pessoas em situações semelhantes, com ofensa ao princípio da igualdade e da liberdade de trabalho?

Se o princípio da isonomia for uma proposição garantidora da *igualdade universal positiva*, com força de igualar os iguais em direitos, estendendo-os aos que foram injustamente discriminados, então a solução não comporta temperamentos; não há fazer incidir a regra discriminatória (art. 93, VI, da CF), que deve ser pura e simplesmente desprezada.

Mas, se a resposta for uma proposição *particular negativa*, de modo que se conceba o princípio da igualdade como supressor do privilégio dos que forem beneficiados pela regra discriminadora e não pela extensão do benefício aos prejudicados, então todos aqueles que estejam em situação igual ou assemelhada só poderão inativar-se aos 70 anos de idade, de modo que serão alcançados, a um só tempo, os servidores civis e militares, membros da Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, órgãos de poder, como os detentores de cargos elegíveis (Presidente da República, Governadores, Prefeitos Municipais, Senadores, Deputados Federais e Estaduais, Vereadores) e os empregados regidos pela CLT.

Ora, há de se convir que esta última proposição, sobre ser absurda, contém o vício da absoluta impossibilidade, na consideração de que só pelo processo legislativo-constitucional é que se poderia impor o limite máximo de idade, visando à inativação compulsória, a todos aqueles que se encontram em situação de paridade, de modo a reparar a visível discriminação que hoje impregna nossa Carta Magna e a enodoa e mancha.

VII – A aposentadoria compulsória dos magistrados não decorre da Constituição Federal

Aspecto de fundamental importância precisa ser posto à calva nesta exposição.

O art. 93 da Constituição Federal dispõe:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

“VI — a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura”.

Perceba-se: não é a Constituição Federal que impõe a aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.

Ela apenas determina que a Lei complementar disponha sobre o Estatuto da Magistratura e que observe os “princípios” que enunciou, dentre eles, determinada forma de aposentação.

Como o Estatuto da Magistratura ainda não foi editado, remanesce como única norma que dispõe ser a aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade o art. 74 da Lei Complementar n. 35, de 14-3-79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

Ora, se esta afirmação for acolhida, então a “inconstitucionalidade” que se constata é da norma infraconstitucional em face da Constituição Federal, o que se aceita sem reboços e jamais foi contestado.

Aliás, como a Loman é anterior à CF/88, seria impróprio falar em inconstitucionalidade, sendo de rigor técnico afirmar a não recepção da regra inferior desconforme com a garantia constitucional posterior.

Essa a lição do colendo Supremo Tribunal Federal:

“Não há inconstitucionalidade formal superveniente. Quanto à inconstitucionalidade material, firmou-se a maioria do Tribunal (ADIn n. 2, Brossard, 6-2-92) — contra três votos, entre eles do relator desta — em que a antinomia da norma antiga com a Constituição superveniente se resolve na mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. Fundamentos da opinião vencida do relator (anexo), que, não obstante com ressalva de sua posição pessoal, se rende à orientação da Corte” (STF — TP — ADIn n. 438 — Rel. Sepúlveda Pertence — j. 7-2-92 — RDA 187/152).

“A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nela, o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária” (STF — TP — ADIn n. 521 — Rel. Paulo Brossard; j. 7-2-1992, RDA 188/288).

E tem mais.

Quando o *caput* do art. 93 preceitua “observados os seguintes princípios”, não quer dizer que regras e condições mínimas, que o Estatuto da Magistratura deverá conter, sejam propriamente “princípios”.

A expressão não foi ali usada com o seu sentido jurídico.

Não se pode deslembrar dos ensinamentos dos doutos acerca da expressão:

“A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), p. ex., significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra ‘princípios’ da expressão ‘princípios fundamentais’ do Título I, da Constituição. Princípio aí exprime a noção de ‘mandamento nuclear de um sistema’” (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, SP, 9ª ed., 3ª tiragem, p. 84).

“Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são — como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira — ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”. Mas, como disseram os mesmos autores, “os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em ‘normas-princípio’ e constituindo preceitos básicos da organização constitucional” (Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Ed., Coimbra, 2ª ed., 1984, vol. I, p. 41 e 42).

Como é de evidente compreensão, os princípios devem estar estabelecidos na sua sede própria, ou seja, na Carta de Princípios ou Carta Magna, não se concebendo que ela delegue tais prerrogativas à lei complementar.

Outro argumento pode ser alinhado.

A Constituição do Estado dispõe que “a Magistratura é estruturada em carreira, observados os princípios, garantias e prerrogativas e vedações estabelecidas na Constituição Federal, nesta Constituição e no Estatuto da Magistratura”.

Portanto, não dá validade à Lei Orgânica da Magistratura, mas a um Estatuto inexistente, embora previsto.

De tudo se infere que, por qualquer ângulo que se analise a questão, a conclusão é de que o art. 93, inciso VI, da CF/88 não mais pode ser aplicado, nem se lhe pode atribuir eficácia.

Se se admitir que traduz uma regra embutida nesse Estatuto Fundamental, então mostra-se em antinomia com cláusulas pétreas que asseguram direitos fundamentais e irretiráveis, devendo ou ser declarada inconstitucional ou apenas ser desprezada e inaplicada para que a isonomia, a liberdade de trabalho e a obediência aos objetivos fundamentais da República prevaleçam (artigos 3º, IV; 5º, *caput*, incisos I e XIII, e 7º, XXX, da CF/88).

Por outra ótica, se se admitir que essa norma restritiva e que impõe a inatividade compulsória se contém apenas na Loman, então não há deixar de concluir que ela não foi recepcionada pela nova ordem constitucional estando, pois, revogada.

Aliás, a revogação mais se mostra consentânea com a realidade atual, considerando que a limitação da idade em 70 (setenta) anos, para efeito de permanência no serviço, se se mostrava correta e consentânea com a expectativa de vida no começo do século (quando foi inserida em nossa Carta Política, à época com limite de 68 anos), hodiernamente apresenta-se anacrônica e irreal, não mais se justificando, nem se subsumindo, como preceito, ao fato ou situação atual.

A média de tempo provável de vida vem-se modificando ao longo dos anos. Essa média está hoje em cerca de 67 anos, considerando-se, para efeito de estabelecê-la, toda a população do país, inclusive da zona rural e de alguns estados do norte/nordeste, cuja expectativa de vida, em algumas regiões, é extremamente pequena (às vezes, de apenas 30 anos), em razão da seca, da miséria e da fome.

O país evoluiu e, com isso, vieram as facilidades e a melhoria de vida. Evoluíram também a medicina, as técnicas de tratamento, assim como as próprias pessoas, que se conscientizaram e se convenceram da necessidade de cultivo e preservação da saúde do corpo e da mente.

Temos e tivemos inúmeros exemplos de homens notáveis em todos os campos de atividade que, muito além dos 70 anos de idade, mostram ou demonstraram total higidez, plena capacidade física e intelectual, sobressaindo nas atividades que exercem.

Apenas como exemplo, podemos citar homens notáveis do passado e do presente, personalidades mundiais e locais, como Churchill, Adenauer, De Gaulle, Douglas (magistrado americano), Barbosa Lima Sobrinho, Austregésilo de Ataíde, Zerbini, Ulisses Guimarães, Jarbas Passarinho, Leitão de Abreu, Clóvis Ramalheite, Carlos Medeiros Silva, Evandro Lins e Silva, Délio Maranhão, Luis Antonio de Andrade, Sobral Pinto, Dario de Almeida Magalhães, Evaristo de Moraes Filho, Darci de Arruda Miranda, Adriano Marrey, Bruno Affonso de André, Francis Selwin Davis e tantos outros.

Mas é na área das ciências humanas que o homem mais avançado nos anos se mostra muito mais útil e produtivo, em razão da experiência e, notadamente, da sedimentação de conhecimentos amalhados ao longo do tempo.

Isso mostra que aquele preceito limitador não só está em antinomia com as garantias fundamentais, alçadas à condição de regras eternas, como se evidenciou anacrônico e fora da realidade fática.

Para confirmar a assertiva basta mostrar que nos Tribunais do país, por força das regras infra-constitucionais estabelecidas, apenas os mais antigos podem ser eleitos para cargos de administração e direção.

Nos Tribunais de Justiça apenas os integrantes do Órgão Especial — composto pelos 25 desembargadores mais antigos — podem ser eleitos para os mais elevados postos de direção: Presidente, Vice-Presidente, Corregedor-Geral da Justiça e Vice-Corregedor-Geral da Justiça.

Conclui-se, daí que, se quando promovido a Desembargador o membro do Poder já está com idade acima de 50 anos. E, para ser um dos integrantes do Órgão Especial e ser eleito para um dos cargos de direção, já terá ultrapassado, em muito, os 65 anos de idade, diante da morosidade da carreira na Segunda Instância.

Não é raro, pois, o eleito para tais postos ser alcançado pela aposentadoria compulsória ainda no início ou no meio de sua gestão.

Essa situação cria enorme estorvo, multifárias dificuldades e expressivo dano à instituição, pois outro (que poderá estar na mesma situação) deverá ser eleito, paralisando a atividade *interna corporis* dos Tribunais, até que o novo dirigente fique inteirado da sua organização administrativa.

Em havendo solução de continuidade ocorrerá, como visto, prejuízo irreparável para a administração do Poder Judiciário.

VIII – O chefe de poder é agente político e não se submete ao regime de aposentadoria compulsória estabelecido no art. 93, inc. VI, da CF/88

Outro aspecto que merece abordagem neste estudo é a questão relativa à aposentadoria compulsória dos chamados agentes políticos, como, *ad exemplum*, no Poder Judiciário, os Presidentes dos Tribunais; no Ministério Público, o seu chefe (Procurador-Geral da República ou Procuradores-Gerais de Justiça; nos Tribunais de Contas, seus Presidentes.

Esses cargos, não se desconhece, são de provimento e exercício transitório, por meio de eleição, por prazo certo, tal como se dá com os cargos, também eletivos, do Executivo e Legislativo, nas três esferas de repartição da República: União, Estados-membros e Municípios.

Inexiste para os Chefes de Poder, no âmbito do Executivo e Legislativo, limite de idade para a inatividade.

Assim, há de ocorrer uma simetria entre todas essas autoridades, quando no exercício de cargo dependente de eleição.

São os chamados “agentes políticos”, cuja definição se co-lhe em Hely Lopes Meirelles:

“Agentes políticos são componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.

“Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas, do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizados, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição.

“Nesta categoria se encontram os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público; os membros dos Tribunais de Contas; os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário”.

Em seguida deixa claro e estreme de dúvida:

“Não são funcionários públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum” (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT, São Paulo, 13ª ed., p. 50).

Em brilhante e sucinto parecer, o Professor Vicente Greco Filho, analisando determinado caso concreto, deixou clara a idéia-força aqui defendida, ao afirmar que “Para os magistrados, agentes políticos, somente há limite porque vigora o art. 93, inciso VI enquanto regra especial; para o respectivo chefe, agente político por excelência, da mesma forma não pode haver idade máxima a considerar”.

Realmente, sendo os Presidentes de Tribunais chefes supremos do Poder Judiciário no âmbito de sua competência, não podem ser alcançados pela aposentadoria compulsória enquanto estiverem cumprindo o seu mandato.

Não se deslembre que o Chefe do Poder Judiciário Estadual está na linha de sucessão do Governador, segundo dispõe o art. 40 da Constituição do Estado de São Paulo e em outras Constituições Estaduais.

Como corretamente alertou o Prof. Vicente Greco Filho em seu parecer: “Parece desnecessário relembra a nítida qualificação política da função de Presidente do Tribunal de Justiça, destacando-se, porém, que se trata de Chefe de Poder e que substitui o Governador, participando, portanto, do poder político, indivisível, como indivisível e una é a soberania”.

Se para os dirigentes políticos dos demais poderes inexistente limite de idade para o exercício de seu mandato, constituiria ofensa à igualdade estabelecida entre os Poderes pela Carta Magna impedir o Chefe do Poder Judiciário de completar seu mandato ao atingir a idade de setenta anos.

Sobre ser ofensivo ao princípio da isonomia, ofenderá, também, a vontade dos próprios membros do Tribunal de Justiça, que outorgaram ao Presidente, pela via democrática da eleição, um mandato de dois anos.

Por essas razões é que o Prof. Vicente Greco conclui seu parecer afirmando, de modo seguro:

“Entendo, em conclusão, que o Presidente do Tribunal de Justiça não pode ser compulsoriamente aposentado por idade enquanto perdurar seu mandato, não se lhe aplicando, em virtude dessa situação, o art. 93, inciso VI, da Constituição da República”.

IX – Conclusão

De tudo quanto foi exposto, a conclusão é no sentido de que o preceito contido no art. 93, inciso VI, da Constituição Federal, que estabelece a aposentadoria compulsória aos 70 anos de serviço, é anacrônico e está em antinomia com princípios irretiráveis, porque afetados com a cláusula de eternidade (“cláusulas pétreas”) imposta pelo art. 60, § 4º, IV, sendo, portanto, inaplicável.